

Peer Stolle*

Das Strafrecht, seine Zwecke und seine Alternativen

Abstract

Das Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz, indem es das Vertrauen in die Rechtsordnung stärkt, potentielle Delinquenten von der Begehung von Straftaten abschreckt, überführte Straftäter behandelt und die Gesellschaft vor ihnen schützt. Allerdings, so die Ergebnisse der empirischen Forschung, erfüllt das Strafrecht kaum diese Ziele: Weder im Bereich der Spezial- noch der Generalprävention sind eindeutige Hinweise darauf zu finden, dass die staatliche Strafe tatsächlich präventive Effekte erzielt. Diese Erkenntnisse eröffnen den Raum für die Suche nach Alternativen. So kann sich das Strafrecht aus einigen Bereichen zurückziehen, ohne einen Funktionsverlust erleiden zu müssen. Darüber hinaus sind andere Reaktionsmöglichkeiten vorhanden, die in ihrer präventiven Funktion wirksamer sind, aber weniger stark in die Rechtsgüter des Straftäters eingreifen, als die Strafe.

* Der Autor war Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Juristischen Fakultät der TU Dresden, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Roland Hefendehl, und ist jetzt Rechtsreferendar in Berlin. Dieser Beitrag ist hervorgegangen aus einem Vortrag, den der Autor im Rahmen des im Wintersemester 2003/04 veranstalteten Kriminologischen Kolloquiums gehalten hat.

I. Einleitung

In der juristischen Ausbildung wird das Strafrecht neben dem Zivil- und Staatsrecht als dritte Säule der Rechtswissenschaft gelehrt. Das Strafrecht, so lernt man es als Studierender in den ersten Vorlesungen, soll dem Rechtsgüterschutz dienen. Dem Interesse der Gesellschaft an dem Erhalt ihrer Grundwerte und an der Bewahrung des Rechtsfriedens kann nicht im jeden Fall nur dadurch Rechnung getragen werden, dass Schadensersatz für die Rechtsgutsverletzung vom Schädigenden geleistet wird. Bei bestimmten sozialschädlichen Verhaltensweisen ist es erforderlich, dass diese der Staat bei Strafe verbietet.¹ Dies erscheint auf den ersten Blick nachvollziehbar. Der Negativeindruck, der vom Schädigenden hinterlassen wurde, kann nicht immer durch reine Kompensationszahlungen ersetzt werden. Ein derartiges Vorgehen würde auch Inhaber größerer Vermögen und Unvermögende begünstigen.² Schließlich sei das Strafrecht aufgrund der Menschheitsgeschichte notwendig für die Ermöglichung und Absicherung eines gedeihlichen Zusammenlebens.³

Diese Begründungen helfen uns aber nur zum Teil weiter. Sie geben keine Antwort auf die Frage, warum der Staat Rechtsgüterschutz dadurch betreiben muss, dass er die Rechtsgüter des Täters, wie Willens- und Bewegungsfreiheit, verletzt.⁴ Sie zeigen uns auch nicht, ob der Staat mit dem Strafrecht sein Ziel, Rechtsgüter zu schützen, tatsächlich auch erreicht. Und drittens wird keine Antwort darauf gegeben, ob die Verhaltensweisen, die derzeit unter Strafe gestellt sind, auch die sozialschädlichsten sind.

Das Stellen dieser Fragen ist eng verbunden mit der Frage nach der Legitimität von Normen. Die speist sich einerseits aus der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit eines Gesetzes, andererseits aus dem Sinn und Zweck der Norm. Gerade die derzeitige Konjunktur des Strafrechts, die sich in der Ausweitung der unter Strafe gestellten Verhaltensweisen⁵ und der Erhöhung der damit verbundenen Strafdrohung ausdrückt⁶, lässt Zweifel darüber aufkommen, ob dem Strafrecht nicht eine Regelungs- und Problemlösungskompetenz zugesprochen wird, die es gar nicht hat.⁷ Der Beitrag versucht daher zu ermitteln, welche Ziele mit den Strafnormen verbunden

1 Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 35. Aufl. (2005), Rn. 4.

2 Vermögende Personen könnten sich jederzeit „freikaufen“, während die Eintreibung von Schadensersatz an der Unverpfändbarkeit gem. §§ 811, 850 ff. ZPO beim Unvermögenden scheitern wird.

3 Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 5.

4 V. Liszt (Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Band 1, 1905 [Nachdruck 1970], S. 161) prägte den Ausspruch vom „Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung“.

5 Als aktuelles Beispiel sei hier nur die seit dem 1. September 2005 gültige Erweiterung des Sachbeschädigungsparagraphen (§ 303 StGB) genannt. Eingefügt wurde der neue Abs. 2: „Ebenso wird bestraft, wer unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verändert“.

6 Paradigmatisch dafür steht das seit den 90iger Jahren laufend reformierte Sexualstrafrecht, vgl. dazu Haffke, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat, KritJ 2005, S. 17, 22 ff.

7 Insofern handelt es sich um „symbolisches Strafrecht“, vgl. dazu Hassemer, Symbolisches Strafrecht, NStZ 1989, S. 553 ff.

werden und ob diese Ziele tatsächlich auch erreicht werden. Der Gesetzesanspruch wird somit an der Gesetzeswirklichkeit gemessen (II.). Dem schließt sich die Frage an, welche alternativen Reaktionen in- und außerhalb des Strafrechts (III.) zur Verfügung stehen und ob sie im gleichen, oder sogar im besseren Maße geeignet sind, die gestellten Zwecke zu erfüllen.

II. Folgen der staatlichen Strafe

Zunächst ist also zu untersuchen, welche Folgen mit dem Einsatz von Strafrecht verbunden sind. Dabei wird hier von einer grundrechtszentrierten Position ausgegangen und gefragt, inwieweit Strafe als Eingriff in rechtlich geschützte Positionen zu verstehen ist und inwieweit die mit der Strafe verfolgten Zwecke als Rechtfertigung für diesen Eingriff angesehen werden können.

1. Die primären Folgen

Schon die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens greift in Rechtsgüter des Beschuldigten ein. Dies ergibt sich nicht erst durch die Ergreifung bestimmter (heimlicher) Ermittlungsmethoden,⁸ sondern schon durch das Strafverfahren an sich, das belastend wirkt:⁹ es ist zeit- und nervenraubend, erfordert nicht selten hohe finanzielle Aufwendungen, die bei längeren Verfahren existenzbedrohende Ausmaße annehmen können, und ist mit Stigmatisierungen vielfältiger Art verbunden. Das persönliche und öffentliche Umfeld reagiert zumeist negativ auf die Beschuldigungen und hält sich oft nicht an den Grundsatz der Unschuldsvermutung. Das kann dazu führen, dass trotz eines späteren Freispruchs „etwas hängen bleibt“. In seltenen spektakulären Fällen führen die mediale Verhandlung der Straftat und die dabei erfolgende „Überführung des Täters“ zu Abstempelungen, die oft den real später im Strafprozess festgestellten oder widerlegten Schuldvorwurf übersteigen.¹⁰

Bei einer Verurteilung kommt es ab einer bestimmten Höhe der verhängten Strafe (§ 32 BZRG) zu einer Eintragung in das für die Arbeitssuche oft erforderliche Führungszeugnis. Jede verhängte (Neben-)Strafe oder Maßregel, sei es der Entzug des Führerscheins, Berufsverbot, Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit, greift in Rechtsgüter des Betroffenen ein. Besteht die Strafe in einem Freiheitsentzug¹¹, wird der Verurteilte aus seinem Lebenszusammenhang entfernt. Er verliert seine Arbeit, mitunter seine Wohnung, seine sozialen und familiären Kontakte werden begrenzt oder sogar

8 Vgl. nur die Untersuchungshaft gem. §§ 112 ff. StPO, die Telefonüberwachung gem. § 100a StPO und die akustische Wohnraumüberwachung gem. § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO.

9 Vgl. auch Ostendorf (Chancen und Risiken von Kriminalprävention, ZRP 2001, S. 151), der vom Strafubel spricht, das schon durch das Verfahren ausgelöst wird.

10 Vgl. dazu nur die Mainzer LG-Prozesse wegen sexuellen Missbrauchs, dazu DER SPIEGEL 25/1994, S. 25; 13/1998, S. 104.

11 Bei 6,5 % aller Verurteilungen im Jahre 2002 erkannte das Gericht auf Freiheitsstrafe ohne Bewährung, vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, 2004, S. 76 f.

vollkommen abgebrochen. In der Vollzugsanstalt selbst ist er einer oft brutalen Hierarchie unter den Mitgefangenen ausgesetzt, die nicht selten mit ihrerseits rechtsgutsverletzenden Handlungen aufrechterhalten wird.¹² Seine Kontaktmöglichkeiten beschränken sich in der Zeit auf Personen, die wegen unterschiedlicher Straftaten verurteilt wurden. Somit steht ihm ein lehr- und lernbereites Umfeld zur Verfügung, das Wissen über Delinquenz vermittelt bzw. intensiviert.

Nach der Entlassung verfügt der Ex-Gefangene über drei Erfahrungen: Einer umfassenden Stigmatisierung und Reduzierung seiner Persönlichkeit („Der hat gesessen!“), einem umfangreichen Wissenspool über Tatgelegenheiten und Realisierungstechniken, und – mit hoher Wahrscheinlichkeit – Erfahrungen eigener Visktimisierung oder wiederholter Täterschaft.¹³ Aus dieser kurzen – und unvollständigen – Übersicht wird deutlich, dass die primäre Folge des Strafrechts in einem Eingriff in die Rechtsgüter des Beschuldigten, Angeklagten bzw. Täters besteht.

2. Die Rechtfertigung des staatlichen Strafeingriffs – der Zweck der Strafe

Zur Rechtfertigung von staatlichen Eingriffen bedarf es verfassungsrechtlich eines formell und materiell rechtmäßigen Gesetzes, eine Voraussetzung, die in Form des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, dem Strafvollzugsgesetz und weiteren Gesetzen gegeben ist. Damit ist aber noch nicht die Frage der Legitimität des strafenden Eingriffs beantwortet. Sie ergibt sich aus der Aufgabe des Strafrechts – dem Rechtsgüterschutz¹⁴ –, und dem mit der Strafe verfolgten Zweck, der Spezial- und Generalprävention¹⁵. Erfüllt das Strafrecht aber in der tatsächlichen Anwendung nicht seinen Zweck, dann kann es auch mittels seiner Instrumente nicht den Schutz von Rechtsgütern gewährleisten. Der strafende staatliche Eingriff benötigt zur Legitimierung die empirische Überprüfung. Im Folgenden wird daher untersucht, inwieweit das Strafrecht general- und spezialpräventiv in der jeweiligen negativen und positiven Ausprägung wirken kann.¹⁶

12 So werden nicht selten Gefangene von anderen Mitgefangenen zu sexuellen Handlungen und/oder anderen Dienstleistungen genötigt; Kontrahenten oder „Ungehorsame“ werden mittels Gewalt und Drohungen zur Eingliederung und Unterordnung gezwungen. Aber auch die „Alltagskriminalität“ findet man im Gefängnis wieder, vgl. die Berichte in *H. M. Albrecht/Eicker*, Leben hinter Gittern, 1999, S. 104 ff. und die Untersuchung von *Bereswill*, „Die Schmerzen des Freiheitsentzuges“, in: *Bereswill/Greve* (Hrsg.), Forschungsthema Strafvollzug, 2001, S. 253 ff., 257 ff.

13 Daneben stehen noch die Prisonisierungseffekte, auf die hier nur hingewiesen werden kann.

14 Dazu vgl. nur *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1997), § 2.

15 Das Fehlen einer Legitimation absoluter Strafzwecke wird heute fast überall in der deutschen Strafrechtswissenschaft konstatiert; vgl. die Nachweise bei *Kalous*, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000, S. 14 ff. und jüngst wieder *Hassemer*, Welche Zukunft hat das Strafrecht? in: *Schlüchter-GS*, 2002, S. 133, 137. Ein der gesellschaftlichen Nützlichkeit entzogenes Strafrecht kann auch weder verhältnismäßig sein, noch einem weiteren Ziel als der Darstellung von Herrschaft dienen. Zu diesem Aspekt ausführlicher *Steinert*, Zur Geschichte und möglichen Überwindung einiger Irrtümer in der Kriminalpolitik, in: *Maelicke/Ortner* (Hrsg.), Alternative Kriminalpolitik, 1988, S. 34 ff., 38 ff.

16 Zu den Straftheorien allgemein *Roxin* (Fn. 14), § 3.

a) Das Dunkelfeld als Einwand?

Unter der Prämisse der Prävention spricht schon das hohe Dunkelfeld, das je nach Schätzung und Delikt zwischen dem ein- und dem fünfzehnfachen höher ist als das Hellfeld,¹⁷ gegen jegliche präventive Wirkungsmächtigkeit der Strafe.¹⁸ Vor allem unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention könnte an dieser Stelle schon eingewandt werden, dass durch die Nichtentdeckung von Straftaten und den dafür verantwortlichen Tätern überhaupt keine Möglichkeit der präventiven Einflussnahme auf diese besteht. Dieser Einwand verkennt, dass Strafe nur hinsichtlich derjenigen spezialpräventive Wirkung entfalten kann, die einer Straftat überführt werden konnten. Mehr kann nicht geleistet werden, da es auf die konkret verhängte Strafe als Reaktion auf eine bestimmte Straftat ankommt. Um einen Vergleich zu bemühen: Eine medizinische Therapie kann nur bei denjenigen Patienten Anwendung finden, denen eine entsprechende Diagnose ausgestellt wurde; unerkannt Kranke werden erst gar nicht in den Genuss der Therapie kommen.

Schwerwiegender wirkt das Dunkelfeld als Argument gegen die generalpräventive Wirksamkeit des Strafens: Wie kann eine Sanktion abschreckend wirken, wenn gegen die ihr zugrunde liegende Norm massenhaft verstoßen wird, ohne dass diese Übertretung sanktioniert wird? Dieser Einwand verkennt aber die Tatsache, dass die Größe des Dunkelfeldes der Bevölkerung nicht bekannt ist; die Entdeckungswahrscheinlichkeit mithin höher eingeschätzt wird, als sie tatsächlich ist.¹⁹ Des Weiteren geht vom Dunkelfeld auch eine positive Wirkung aus, die Popitz die „Präventivwirkung des Nichtwissens“²⁰ nannte. Gelänge nämlich der Großteil der begangenen Straftaten in das Hellfeld, würde dies zwei unerwünschte Folgen nach sich ziehen: Erstens würde die Norm angesichts der bekannten massenhaften Missachtung und Übertretung an Geltungskraft verlieren. Zweitens käme es zu einem Kollaps der Institutionen der strafrechtlichen Sozialkontrolle, da diese die enorme Anzahl von Fällen nicht bewältigen könnten.²¹ Das Dunkelfeld entfalte daher eine generalpräventive Wirkung und ist Voraussetzung für das Funktionieren des Instituts Strafen überhaupt.

b) Spezialpräventive Wirkungsmacht

In spezialpräventiver Hinsicht dient das Strafrecht einerseits der Sicherung der Gesellschaft und andererseits der Resozialisierung des Täters. Gemessen wird das Erreichen oder Verfehlens des zweiten Ziels regelmäßig an der Rückfallquote bzw. an der Legalbewährung: Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Bestrafte oder Ge- maßregelte wieder eine Straftat begeht bzw. wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit, dass er sich legal bewährt.²²

17 Schwind, Kriminologie, 14. Aufl. (2004), § 2 Rn. 54.

18 Zum Dunkel- und Hellfeld vgl. Kunz, Kriminologie, 3. Aufl. (2001), § 26.

19 Schöch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Jescheck-FS, 1985, S. 1081, 1095.

20 Popitz, Die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968.

21 Ebd., S. 15 ff.

22 Auf die methodischen Probleme, die sich aufgrund unterschiedlicher Rückfallzeiträume oder differierender Definitionen, was unter Rückfall zu verstehen ist, ergeben und die Ver-

Der Großteil der bisherigen Untersuchungen konnte keinen Nachweis für die höhere spezialpräventive Wirksamkeit von härteren gegenüber weniger einschneidenden Strafen ergeben.²³ So liegt die Rückfallwahrscheinlichkeit bei der Geldstrafe bei 25 %, während sie bei der Freiheitsstrafe ohne Reststrafaussetzung zwischen 70–79 % und bei der Jugendstrafe ohne Bewährung zwischen 75–89 % liegt.²⁴ Zwar wird durch diese Ergebnisse das Argument gestützt, dass weniger einschneidende Sanktionen unter spezialpräventiven Gesichtspunkten wirkungsmächtiger und daher vorzuziehen sind.²⁵ Allerdings bleibt unklar, ob hier nicht ein Scheinzusammenhang gemessen wurde: Mit einiger Plausibilität kann nämlich auch behauptet werden, dass die Umstände, die zur erhöhten Rückfallwahrscheinlichkeit geführt haben, auch schon zum Zeitpunkt des Urteils und damit zum Zeitpunkt der Festsetzung der Strafe vorgelegen haben. Die unterschiedlichen Quoten könnten dann schlicht damit begründet werden, dass die negative Sozialprognose bei Erwachsenen oder die „schädlichen Neigungen“ bei Jugendlichen²⁶, die eine härtere Sanktionierung begründen können, auch zu einer höheren Rückfallgefahr führen.

Gegen diese Auslegung sprechen die deutlichen prozentualen Unterschiede zwischen den Sanktionsformen, die nicht allein auf eine Sozialprognose zurückgeführt werden können. Auch haben neuere Untersuchungen über regional unterschiedliche Sanktionsanwendung interessante Ergebnisse zu Tage gebracht: So blieb in Gegenenden, in denen Verfahren über Delikte der Alltagskriminalität nur selten *nicht* eingestellt wurden, die geringe Rückfallwahrscheinlichkeit der mit einer informellen Sanktion Bedachten weitgehend bestehen, obwohl dieser Form der Erledigung gerade keine Prognose vorausging.²⁷ Des Weiteren haben Befragungen von Bestraften ergeben, dass die Erfahrung von Strafverfolgung und Sanktionierung kriminelle Verhaltensweisen bestärkt und die Normbindung beeinträchtigt.²⁸ Untersuchungen aus der Schweiz und Österreich stützen diese These: regional unterschiedliche Sanktionspraxen bedingen keine differierenden Rückfallquoten,²⁹ m. a. W., der Sanktions-

gleichbarkeit einschränken, soll hier nicht weiter eingegangen werden, vgl. dazu *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. (2002), Rn. 263 ff.

23 Vgl. die umfangreichen Nachw. *ebd.*, Rn. 273; *Dölling*, Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug im deutschen Strafrecht, ZStW 104 (1992), S. 259, 266.

24 Vgl. die tabellarische Auswertung diverser empirischer Untersuchungen bei *Streng*, *ebd.* Umfangreiche Darstellungen von Studien über die Legalbewährung finden sich auch bei *BMI/BMJ*, Erster Periodischer Sicherheitsbericht, 2001, S. 453 ff.; *Heinz*, Kriminalpolitik an der Wende zum 21. Jahrhundert, *BewHi* 2000, S. 131, 148 ff.; *Kerner*, Erfolgsbeurteilung nach Strafvollzug, in: *Kerner/Dolde/Mey* (Hrsg.), Jugendstrafvollzug und Bewährung, 1996, S. 1 ff.

25 Pointiert hat es *Franz v. Liszt* ([Fn. 4], S. 339) mal ausgedrückt: „Wenn ein Jugendlicher oder auch ein Erwachsener ein Verbrechen begeht und wir lassen ihn laufen, so ist die Wahrscheinlichkeit, daß er wieder ein Verbrechen begeht, geringer, als wenn wir ihn bestrafen.“

26 Vgl. § 17 Abs. 2 JGG.

27 Vgl. die dargestellten Untersuchungen bei *BMI/BMJ* (Fn. 24), S. 454 f.

28 Vgl. *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 43 ff.

29 Vgl. *Pilgram*, Die erste österreichische Rückfallstatistik – ein Mittel zur Evaluation regionaler Strafpolitik, ÖJZ 1991, S. 577 ff.; *Kerner* (Fn. 24), S. 8 ff.

schwere kann keine spezialpräventive Wirkung zugesprochen werden. Dagegen beeinflussen das Alter des Täters, seine Vorstrafenbelastung und die Deliktsart die Rückfallwahrscheinlichkeit.³⁰

Spezialprävention kann aber auch in negativer Hinsicht in Form der *Sicherung des Täters* durch Freiheitsstrafe erfolgen: zumindest für die Zeit des Einschlusses wird die Begehung weiterer Taten außerhalb des Gefängnisses verhindert. Im Strafvollzug tritt diese Aufgabe – zumindest nach der jetzigen Gesetzeslage³¹ – hinter der Resozialisierung des Täters zurück. Würde man das Verhältnis umkehren, also dem Sicherungsgedanken Priorität einräumen, dann könnte zwar ein kriminalpräventiver Effekt erzielt werden. Allerdings wäre dieser sehr gering und auch nur mit einer rigorosen Einsperrpraxis zu erreichen.³² Die dadurch verursachten Resozialisierungsschäden und Prisonisierungseffekte sind aber so immens, dass sie den dürftigen kriminalreduzierenden Effekt mehr als aufwiegen.³³

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass sowohl im Hinblick auf die positive als auch die negative Dimension kein Beweis für eine stärkere präventive Wirkung von härteren oder intensiveren Sanktionsformen gegenüber weniger einschneidenden erbracht werden konnte.

c) Generalpräventive Wirkungsmacht

Neben der Einwirkung auf den Täter kommt als weiterer anerkannter Strafzweck die negative und positive Generalprävention in Betracht. Staatliches Strafen soll einerseits andere Bürger (als den Täter) von der Begehung von Straftaten abhalten (Abschreckung), andererseits zur Stabilisierung des Normengefüges beisteuern. Bisherige Untersuchungen konnten aber keinen bis lediglich moderaten Zusammenhang zwischen der Strafhöhe, der (angenommenen) Verurteilungswahrscheinlichkeit und der Deliktsbegehung feststellen.³⁴

Tunnell hat beispielsweise in seiner Untersuchung von Eigentumsstrftätern³⁵ keinen bzw. geringen Einfluss von Abschreckungsvariablen, wie Strafhöhe oder Verurtei-

30 Kerner, *ebd.*

31 Der Bundesrat hat eine Gesetzesinitiative gestartet, deren Ziel es ist, die bisherige Aufgabe des Strafvollzuges – dem Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten – dem bisher einzigen Ziel – der Resozialisierung des Täters – gleichzustellen; vgl. dazu Stolle/Brandt, Verwahrung als Zukunft des Strafvollzugs?, ZfStrVo 2004, S. 67 ff.

32 In den USA hat sich das Ziel der „Unschädlichmachung“ (Incapacitation) durchgesetzt und führt zu immens hohen Inhaftierungsquoten. So sind derzeit über 2 Mio. US-Einwohner im Gefängnis. Das entspricht einer Inhaftiertenrate von 715 auf 100 000 Einwohnern (im Gegensatz zu einer Rate von 96 in Deutschland), vgl. dazu http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/worldbrief/world_brief.html.

33 Vgl. dazu Streng (Fn. 22), Rn. 64.

34 Vgl. dazu die Nachweise bei Eisenberg, Kriminologie, 6. Aufl. (2005), § 41 Rn. 11 ff.; Kaiser, Kriminologie, 3. Aufl. (1996), § 31 Rn. 34 ff.; Kunz (Fn. 18), § 30 Rn. 7 ff.; Dölling, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 102 (1990), S. 1, 2 ff.; Feltes, Verhaltenssteuerung durch Prävention – Konsequenzen aus empirisch-kriminologischen Erfahrungen, MschrKrim 76 (1993), S. 341, 343 ff.; Heinz (Fn. 24), S. 146 ff.

35 Tunnell, Choosing Crime, 1992.

lungswahrscheinlichkeit, auf den Entscheidungsprozess hinsichtlich der Begehung einer Straftat festgestellt. Dies gilt vor allem für Mehrfachtäter.³⁶ Keine oder nur geringe Bedeutung der perzipierten Strafverfolgungswirklichkeit für die Einstellung des Normalbürgers zu strafrechtskonformen Verhalten hat *Schöch* in seiner Untersuchung³⁷ ermittelt. Dagegen ist die subjektive Strafempfindlichkeit sehr wohl von Einfluss. Allein die Tatsache, bestraft zu werden, hält viele Leute davon ab, delinquent zu werden. Weiterhin haben *Schumann* und seine Mitarbeiter³⁸ eine relative Bedeutungslosigkeit der Strafschwerevariablen für die Delinquenz von Jugendlichen ermittelt. Für acht von 14 Delikten ergab sich keine Beziehung zwischen angenommener Strafschwere und Delinquenz; die meisten Signifikanzen erreichten nur geringe Höhen.³⁹ Die Risikoeinschätzung hatte lediglich begrenzte Abschreckungswirkung, vor allem im Bereich der Bagatellkriminalität; bei anderen Delikten lag kein Zusammenhang vor.⁴⁰

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass vor allem die moralische Verbindlichkeit der Norm und die Verbreitung der Normakzeptanz abschreckende Wirkungen entfalten; die (erwartete) Strafhöhe dagegen hat keine, die perzipierte Entdeckungswahrscheinlichkeit nur geringe Bedeutung.⁴¹ Es ist daher nicht zwingend anzunehmen, dass eine Norm nur dann verbindliche Wirkung entfaltet, wenn ihre Übertretung strafrechtlich sanktioniert wird. Vielmehr erlaubt die hohe moralische Verbindlichkeit der Normen, das Strafniveau zu senken, ohne dadurch Beeinträchtigungen der generalpräventiven Wirkung befürchten zu müssen.

Zu beachten ist, dass die Befragten immer von der Existenz des Strafrechts ausgegangen sind; mithin eine positive generalpräventive Wirkung nicht abgestritten werden kann. So hat die Vermutung, dass die Untersuchungen eher die Möglichkeit einer Steigerung der dem Strafrecht grundsätzlich unterstellten Abschreckungswirkung ermittelten denn eine Entscheidung über die Berechtigung des Strafrechts an sich darstellten,⁴² viel für sich. Einem Suchen nach alternativen Modellen verbauen sie zumindest nicht den Weg.

d) Vorläufiges Fazit

Die obige Darstellung von Ergebnissen empirischer Untersuchungen lässt starke Zweifel an der Erfüllung der mit der Strafe verbundenen Zwecke aufkommen: Weder

36 *Ebd.*, S. 85 ff.

37 *Schöch* (Fn. 19), S. 1102. Zu demselben Ergebnis kommt *Schöch* in seiner Göttinger Untersuchung (Göttinger Generalpräventionsforschung, in: *Kaiser/Kury/H.-J. Albrecht* [Hrsg.], Kriminologische Forschung in den 80er Jahren, 1988, S. 227 ff.). Dort konnten auch nur schwach bis sehr schwach signifikante Zusammenhänge zwischen Entdeckungsrisiko und der erwarteten Strafschwere festgestellt werden.

38 *Schumann u. a.*, Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention, 1985.

39 *Ebd.*, S. 134 ff.

40 *Ebd.*, S. 139 ff., 410 f.

41 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Streng* (Fn. 22), Rn. 55, in seiner Auswertung von Untersuchungen.

42 So *ebd.*, Rn. 56.

in general- noch in spezialpräventiver Hinsicht lassen sich Beweise für eine entsprechende Wirkungsmächtigkeit finden. Vor allem die immer wieder geäußerten Forderungen nach höheren Sanktionsandrohungen auf gesetzlicher und härterer Strafzumessung auf justizieller Ebene können für sich keine empirische Fundierung beanspruchen. *Franz v. Liszt* hat diese (mangelnde) Wirkung des Strafrechts schon vor hundert Jahren in drastischen Worten zum Ausdruck gebracht: „Unsere Strafen wirken nicht bessernd und nicht abschreckend, sie wirken überhaupt nicht präventiv, d. h. vom Verbrechen abhaltend; sie wirken vielmehr geradezu als eine Verstärkung der Antriebe zum Verbrechen“.⁴³ Präventive Wirksamkeit hingegen, so das Ergebnis einiger Untersuchungen, lässt sich zumindest der Reaktion an sich entnehmen, unabhängig davon, wie diese Reaktion beschaffen ist.⁴⁴

Diese Ergebnisse legen einen Perspektivenwechsel nahe. Nicht mehr die weniger intensiven Sanktionen oder die Sanktionssurrogate bedürfen der Rechtfertigung, sondern die härteren Strafen müssen ihre Effektivität unter Beweis stellen. Man kann das Fazit nämlich auch anders herum formulieren: Ein Nachweis, dass die milderden Sanktionen ein weniger geeignetes Mittel sind, um dem Zwecke der Prävention zu dienen, lässt sich nicht finden. Solange nicht bewiesen ist, dass härtere Strafen wirkungsmächtiger im Hinblick auf die strafrechtlichen Zwecksetzungen sind, solange sollte auf die leichten Sanktionen zurückgegriffen oder ganz auf Bestrafung verzichtet werden.⁴⁵ Das gebieten schon der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Schutzpflicht des Staates für die Rechtsgüter seiner (in dem Fall: *kriminellen*) Bürger. Dementsprechend wird auch vielfach in der kriminologischen Diskussion die These von der „Austauschbarkeit der Sanktionen“⁴⁶ vertreten.

Wir können also zusammenfassen: Staatliches Strafen verursacht Leid auf Seiten der Einen, um Leid auf Seiten der Anderen zu lindern oder zu verhindern; es bleibt aber den endgültigen Nachweis für die tatsächliche Zwecknützlichkeit schuldig. Wenn man gleichzeitig davon ausgeht, dass kriminelle Verhaltensweisen immer auch Ausdruck eines Konflikts sind, sei es zwischen dem Täter und dem Opfer, sei es zwischen dem Täter und der Gesellschaft oder dem Staat, dann bedarf es der Regularien zur Lösung dieses Konflikts. Dazu bedarf es nicht in jedem Falle des Strafrechts. Im Folgenden sollen daher Möglichkeiten der Reaktion auf einen Konflikt dargestellt werden, die nicht den herkömmlichen Sanktionen des Strafrechts entsprechen.

III. Alternativen

Der Staat ist zwar verpflichtet, Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit zu schützen. Das ergibt sich schon aus dem Grundgesetz. Damit ist aber noch keine

43 *V. Liszt* (Fn. 4), S. 241.

44 *Streng* ([Fn. 22], Rn. 279) stellt auch das „Ob“ und nicht das „Wie“ in den Vordergrund.

45 Für v. *Trotha* (Perspektiven der Strafvollzugsreform, KritJ 1979, S. 117, 119) ist dies das „human-emancipative“ Element leichter Sanktionen.

46 *Eisenberg* (Fn. 34), § 42 Rn. 11; *Kaiser* (Fn. 34), § 91 Rn. 4; *Kerner* (Fn. 24), S. 89; *Streng* (Fn. 22), Rn. 278 jeweils m. w. N.

Aussage darüber getroffen, welcher Mittel er sich dabei bedienen darf oder sollte: Die Pflicht des Staates zum Schutz von Rechtsgütern besagt nämlich auch, dass der Staat nur dann in Rechtsgüter seiner Bürger eingreifen kann, wenn dies zum Schutz von anderen Rechtsgütern erforderlich ist, ihm also kein anderes, milderes Mittel zur Verfügung steht. Das bestimmt schon das aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitete Übermaßverbot.⁴⁷ Insofern ist zu untersuchen, ob es alternative, weniger einschneidende Reaktionen in- und außerhalb des Strafrechts gibt.

1. Entkriminalisierungen

Eine Möglichkeit wäre, den Umfang des Strafrechts zu beschränken, also die Anzahl der mit Strafe bedrohten Handlungen durch Entkriminalisierungen zu verringern und die Konfliktlösung dem Zivilrecht zu übertragen. Eine mögliche Begrenzung könnte sich zum Beispiel aus Gründen der geringeren Sozialschädlichkeit der Rechtsgutsverletzung oder der Dysfunktionalität strafrechtlicher Sanktionierung ergeben. Einige Entkriminalisierungsvorschläge, wie sie u. a. von der Hessischen⁴⁸ und der Niedersächsischen⁴⁹ Kommission zur Reform des Strafrechts vorgebracht wurden, sollen im Folgenden vorgestellt werden.

a) Entkriminalisierung im Bereich des Eigentums- und Vermögensschutzes

In der Vorlesung zum Strafrecht BT wird gelehrt, dass das Strafrecht (vor allem) im Bereich des Vermögens- und Eigentumsschutzes nur fragmentarisch zum Einsatz kommt. Dies wird daran deutlich, dass § 248b StGB die Strafbarkeit des unbefugten Gebrauchs von fremden Sachen ohne Zueignungsabsicht auf Fahrzeuge beschränkt und die fahrlässige Sachbeschädigung nicht unter Strafe gestellt ist. Dem Geschädigten bleibt dessen ungeachtet der Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB oder auf Schadensersatz gemäß §§ 823, 249 BGB. Dieser allgemein anerkannte fragmentarische Charakter resultiert einerseits aus dem ultima ratio-Prinzip des Strafrechts, wonach das Strafrecht nur dann eingesetzt werden darf, wenn andere Mittel der sozialen Problemlösung nicht greifen,⁵⁰ und andererseits aus dem Grundsatz der Sozialschädlichkeit, wonach die Rechtsgutsverletzung Bedeutung über das Verhältnis zwischen Täter und Opfer hinaus haben muss, um strafwürdig zu sein⁵¹. Für einige Delikte stellt sich die Frage, ob diese Voraussetzungen noch erfüllt sind.

47 Roxin (Fn. 14), § 2 Rn. 39. Zum Ganzen auch Heinz (Fn. 24), S. 135 f.

48 P.-A. Albrecht/Hassemer/Voß (Hrsg.), Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung. Vorschläge der Hessischen Kommission zur Reform des Strafrechts, 1992.

49 P.-A. Albrecht/Beckmann/Frommel/Goy/Grünwald/Hannover/Holtfort/Ostendorf, Strafrecht – ultima ratio. Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts, 1992.

50 Dazu Roxin (Fn. 14), § 2 Rn. 38.

51 Dazu Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, 2. Aufl. (2005), Vor § 1 Rn. 70.

aa) Entkriminalisierung im Bereich des Diebstahls

Der einfache Diebstahl gehört mit einem Anteil von 23,4 % an der Gesamtdeliktsmenge neben dem schweren Diebstahl (22,6 %) zu dem Delikt mit den höchsten Häufigkeitszahlen.⁵² Der Anteil des Ladendiebstahls am einfachen Diebstahl beträgt wiederum 40 %⁵³, das heißt, fast 10 % aller bekannt gewordenen Delikte in Deutschland sind Ladendiebstähle. Nicht nur beim Ladendiebstahl überwiegt der Anteil der Waren von geringerem Wert.⁵⁴ Auch der sonstige einfache Diebstahl⁵⁵ und der Betrug⁵⁶ weisen einen hohen Anteil von Schadensfällen geringerer Intensität auf.

Der hohe Anteil des Ladendiebstahls erklärt sich durch die Zunahme der Tatgelegenheiten aufgrund des Wegfalls einer Vielzahl von Zugangsschranken zu den Waren. Dieses Delikt erfuhr seine enorme Ausbreitung vor allem durch die Umstellung eines Großteil des Einzelhandels auf Selbstbedienung durch den Kunden. Neben dem Verschwinden der „äußeren Barriere“ zwischen Ware und Erwerber wurde auch die „seelische Sperre“ zwischen Ware und potentiell Käufer durch mannigfaltige Kaufanreize durchbrochen.⁵⁷ Die damit erwünschte Ansichnahme der Waren zum Käuferwerb unterscheidet sich vom Diebstahl nur durch die ausbleibende Gegenleistung.⁵⁸ Dieser weitgehende Verzicht auf Kontrolle und Sicherung, dessen Ursachen vor allem in ökonomischen Rentabilitätsbestrebungen des Einzelhandels zu verorten sind, übertrug dem Strafrecht eine Steuerungsaufgabe für einen Bereich, der sich durch Verringerung des Rechtsgüterschutzes durch das (potentielle) Opfer selbst auszeichnet. Man kann es auch andersherum formulieren und das dem Kunden entgegengebrachte Vertrauen als oftmals ungerechtfertigt bezeichnen, was auch dadurch deutlich wird, dass Täter des Ladendiebstahls quer durch alle sozialen Schichten anzutreffen sind.⁵⁹ Die von der Opferseite „mitzuverantwortende“ Steigerung der Tatgelegenheiten kann in diesem Fall einen Rückzug des Strafrechts rechtfertigen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Normenschutz eher durch entsprechende Präventionsmaßnahmen denn durch das Strafrecht erfolgen kann.

Gleiches gilt auch für den Diebstahl geringwertiger Sachen. Schon jetzt praktizieren die Staatsanwaltschaften mit unterschiedlichen Schadengrenzen die Entpönalisierung von derartigen Bagateldelikten.⁶⁰ Unter Gleichheitsgesichtspunkten und unter dem Aspekt der Rechtssicherheit erscheint es geboten, diese Praxis materiell-recht-

52 Polizeiliche Kriminalstatistik 2003, S. 29.

53 BMI/BMJ (Fn. 24), S. 114.

54 80,5 % der Fälle haben einen Schaden unter 50 € (Polizeiliche Kriminalstatistik 2003, S. 66).

55 46,5 % der Fälle haben einen Schaden unter 50 € (Polizeiliche Kriminalstatistik 2003, S. 66).

56 46 % der Fälle haben einen Schaden unter 50 € (Polizeiliche Kriminalstatistik 2003, S. 66).

57 Deutsch, in: *Ständige Deputation des 51. DJT* (Hrsg.), Verhandlungen des 51. DJT, 1976, E 16.

58 Oder wie es Arzt (in: *Ständige Deputation des 51. DJT* [Hrsg.] [Fn. 58], N 48) formuliert hat: „Nicht der Zugriff auf die Ware, sondern die ausbleibende Gegenleistung begründet den eigentlichen Vorwurf“.

59 Vgl. BMI/BMJ (Fn. 24), S. 119 ff.

60 Beispiele und weitere Nachweise bei P.-A. Albrecht/Hassemer/Voß (Hrsg.) (Fn. 48), S. 56.

lich zu fixieren. Als Variante bietet sich eine Norm an, die in Anlehnung an § 243 StGB für bestimmte „Regelbeispiele“ ein Absehen von Strafe durch den Richter ermöglicht. Als „Regelbeispiele“ könnten dann die Varianten „von geringem Wert“ und „aus einem Selbstbedienungsladen“ aufgenommen werden, ohne dass die Gefahr bestünde, dass aufgrund von unklaren tatbestandlichen Kriterien die Grenzen strafbaren Verhaltens nicht mehr festgelegt werden könnten.⁶¹

bb) Entkriminalisierung im Bereich der Beförderungser schleichung

Kriminalpolitisch wie auch rechtsdogmatisch stark umstritten ist die Reichweite des Tatbestandes des § 265a StGB. Den Fällen liegt meistens die Konstellation zugrunde, dass unter Nichterfüllung der Zahlungsverpflichtung ein öffentliches Verkehrsmittel in Anspruch genommen wurde, ohne dass zusätzlich weitere Unrechtsmerkmale, wie beispielsweise eine Täuschung oder Drohung, vom Täter erfüllt wurden.⁶² Das Merkmal des Erschleichens stellt aber gerade darauf ab, dass eine Leistung durch List oder Täuschung erschlichen wurde. Dieses besondere Unrechtsmerkmal ist nicht erfüllt, wenn der Täter das öffentliche Verkehrsmittel betritt, ohne besondere Zugangshindernisse oder Kontrollmechanismen, wie Schranken oder Schaffner, überwinden zu müssen. Auch in diesen Fällen liegt ein ausdrücklicher Kontroll- und Schutzverzicht seitens des Opfers aufgrund einer ökonomischen Rentabilitätsentscheidung vor. So wie § 263 StGB eine besondere tatbestandliche Handlung voraussetzt, bedarf es beim § 265a StGB eines Erschleichens, das entgegen der ausdehnenden Interpretation seitens einiger Oberlandesgerichte⁶³ nicht in dem alleinigen Betreten und Benutzen ohne Zahlungswilligkeit bestehen kann. Ansonsten würde das Strafrecht seinen fragmentarischen Charakter im Bereich des Vermögens- und Eigentumsschutzes verlieren und damit Handlungen unter Strafe stellen, die aufgrund ihrer geringen Sozial schädlichkeit Steuerungsgegenstand des Zivilrechtes sein müssten. Zwar ist nicht zu leugnen, dass den Beförderungsbetreibern durch das „Schwarzfahren“ ein hoher betriebswirtschaftlicher Schaden entsteht; allerdings wurde dieser in das Kosten-Nutzen-Kalkül bei Aufgabe jeglicher Präventivkontrolle bewusst in Kauf genommen und eignet sich daher nicht als generalpräventive Basis für eine Kriminalisierung. Um der ausufernden Rechtsprechung zu begegnen, bedarf es daher einer gesetzlichen Klarstellung, dass nur die Handlungen vom Tatbestand des § 265a StGB erfasst werden sollen, die durch Überlisten oder Umgehen von Kontrollpersonen oder -vorrichtungen erfolgen. Somit bedarf es für eine Strafbarkeit eines „aktiven Unterlau fens präsenter Präventivkontrolle“⁶⁴.

61 So auch ein Vorschlag der Hessischen Kommission, vgl. *ebd.*, S. 58 f.

62 Vgl. den dem Beschluss des *BayObLG*, StV 1999, 428 f. (m. Anm. *Ingelfinger*) zugrunde liegenden Sachverhalt.

63 *OLG Hamburg*, NStZ 1988, 221 ff. m. Anm. von *P.-A. Albrecht*; *BayObLG* (Fn. 62). Weitere Nachweise bei *Lackner/Kübl*, StGB, 25. Aufl. (2004), § 265a Rn. 6a.

64 *P.-A. Albrecht/Hassemer/Voß* (Hrsg.) (Fn. 48), S. 61; *P.-A. Albrecht*, Kriminologie, 2. Aufl. (2002), S. 322 f.

b) Entkriminalisierung im Bereich des Betäubungsmittelgebrauchs

In der Drogenpolitik wird schon seit langem gefordert, das Straf- und Ordnungsrecht nach und nach zurückzuziehen und durch gesundheitspolitische Präventions- und Interventionsansätze zu ersetzen. Dabei geht es vor allem um die Entkriminalisierung des Erwerbes und Besitzes von kleineren Mengen an Drogen zum Eigenverbrauch, die legale, ärztlich indizierte und kontrollierte Abgabe von Betäubungsmitteln an Süchtige und das Streichen von Cannabisprodukten aus der Anlage I zum Betäubungsmittelgesetz. Für diese partielle Entkriminalisierung sprechen verschiedene Gründe.

Eine Entkriminalisierung des Erwerbes und Eigenbesitzes geringer Mengen an Betäubungsmitteln für den Eigengebrauch ergibt sich schon aus dem Prinzip der straflosen eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und -schädigung.⁶⁵ Auch wenn man mit der h. M. die Volksgesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ansieht, kann in dem Eigenbesitz kleinerer Mengen keine strafwürdige Rechtsgutsbeeinträchtigung gesehen werden. Für diese Auslegung spricht auch der 1991 eingeführte § 31a BtMG, der ein Absehen von Strafe ermöglicht, wenn das Verfahren ein einfaches Drogenvergehen nach § 29 Abs. 1, 2, oder 4 BtMG zum Gegenstand hat, die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre, kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht und der Täter die Betäubungsmittel lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge anbaut, herstellt, einführt, durchführt, erwirbt, sich in sonstiger Weise verschafft oder besitzt. Allerdings existieren große Unklarheiten in der Bestimmung der „geringen Menge“, die sich in den unterschiedlichen Richtlinien der Länder an die Staatsanwaltschaften⁶⁶ und der uneinheitlichen Rechtsprechung⁶⁷ verdeutlichen. Die Gefahr des polizeilichen Zugriffs inklusive eingeschlechter Ermittlungsmaßnahmen und die Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung bestehen daneben weiterhin. Eine klare gesetzgeberische Grenzziehung ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich.

Auch gesundheitspolitische Gründe sprechen nicht gegen eine Entkriminalisierung kleinerer Mengen. Die immer noch zu hohe Zahl der vor allem an Heroineinnahme gestorbenen Personen steht in keinem Verhältnis zu den jährlich an Nikotin- und Alkoholmissbrauch Erkrankten und Gestorbenen. Eine Analyse der Gesundheitsgefahren ergibt eine weniger eindeutige Gefährlichkeitsprognose für Heroin und Morphin als für zu Alkohol und Nikotin. So liegen über die organischen Auswirkungen des Heroingebrauches und deren psychischer Suchterzeugung widersprüchliche wissenschaftliche Ergebnisse vor, während die hohen Gesundheitsgefahren bei Alkohol und Nikotin eindeutig bewiesen sind.⁶⁸

65 Zur dogmatischen Begründung des BVerfG für die Strafbarkeit des Besitzes und der Kritik an dieser Ansicht vgl. *Böllinger*, Grenzenloses symbolisches Strafrecht, KritJ 1994, S. 405, 414 f.

66 Einige Länder haben überhaupt keine Richtlinien umgesetzt, vgl. dazu *Franke/Wienroeder*, BtMG, 2. Aufl. (2001), § 29 Rn. 229.

67 Vgl. die Nachweise *ebd.*, § 29 Rn. 232 ff.

68 So wirken schon 0,04 g Nikotin auf den menschlichen Organismus tödlich, während bei Morphin und Kokain die tödliche Schwelle bei 0,3 g bzw. 1–2 g liegt.

Drogenpolitisch könnte man noch einwenden, dass ein legaler Zugang zu Drogen den Kreis der Abhängigen erweitern und auch für Jugendliche und Heranwachsende die Missbrauchsmöglichkeiten erhöhen würde. Dem widerspricht aber die schon jetzt relativ hohe Verbreitung von illegalen Drogen (es wird von ca. vier Millionen Cannabiskonsumenten in Deutschland ausgegangen) und die Erfahrungen in den Niederlanden, wo entsprechende Legalisierungsprojekte den Erwerb von Cannabisprodukten ohne strafrechtliche Verfolgung ermöglichen. Der Kreis der Konsumenten scheint sich durch diese Maßnahmen nicht erhöht zu haben.⁶⁹

Von Cannabis gehen sogar nur sehr geringe gesundheitliche Gefahren aus.⁷⁰ Dieser Befund wird auch vom Bundesverfassungsgericht geteilt: Zwar konstatiert der Senat, dass „nach dem jetzigen Kenntnisstand nicht unbeträchtliche Gefahren und Risiken“⁷¹ des Cannabiskonsums verbleiben (Verhaltensstörungen, Lethargie, Gleichgültigkeit, Angstgefühle, Realitätsverlust und Depressionen⁷²), allerdings wird diese Behauptung an einer späteren Stelle dahingehend revidiert, dass „die unmittelbaren gesundheitlichen Schäden bei mäßigem Genuss als gering anzusehen“⁷³ sind. Wenn psychische Folgen aufgrund des Dauerkonsums auftreten, dann sind diese nur als „parallele und interaktive Resultate vorgängiger Bedingungen und Verläufe adäquat verstehbar, nicht aber im Sinne primärer und statisch-linearer Kausalität erklärbar.“⁷⁴ Cannabis kann auch nicht als Einstiegsdroge für Heroin oder Kokain angesehen werden.⁷⁵ Weder historisch, noch gesundheits- oder drogenpolitisch lässt sich somit zumindest ein Verbot von Cannabis aufrechterhalten.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass gewichtige Gründe für eine eindeutig normierte Entkriminalisierung des Eigenbesitzes und Eigenerwerbes von geringen Mengen von Betäubungsmitteln und für eine vollständige Entkriminalisierung des Cannabisgebrauchs sprechen. Von dieser Maßnahme wäre auch ein Großteil der bisherigen Drogendelikte betroffen, da Straftaten im Zusammenhang mit Cannabis 59 % aller Rauschgiftdelikte ausmachen.⁷⁶

69 In der Diskussion wird immer wieder auf die besondere kulturelle Akzeptanz der Drogen Alkohol und Nikotin in Europa hingewiesen, die gegenüber Cannabis, Heroin und Kokain nicht vorherrscht. Dieses Argument verkennt aber, dass auch der Tabak- und Alkoholkonsum periodisch in den USA und Westeuropa verboten war und verfolgt wurde, während beispielsweise Kokain und Heroin bis 1920 und Cannabis bis 1929 legal waren.

70 Vgl. dazu die Zusammenfassung von internationalen Untersuchungen bei *Quensel*, Wirkungen und Risiken des Cannabisgebrauchs, in: *Scheerer/Vogt/Hess* (Hrsg.), *Drogen und Drogenpolitik*, 1989, S. 379 ff.

71 *BVerfG*, StV 1994, 298.

72 *BVerfG* a. a. O.

73 *BVerfG* a. a. O.

74 *Böllinger* (Fn. 65), S. 412.

75 Die oft zu findende Begründung, beim Haschischdealer bekomme man auch „harte Drogen“ (vgl. auch *BVerfG* [Fn. 71], 298) ist gerade eine Folge der Kriminalisierung und kann daher nicht als Argument angeführt werden.

76 Insgesamt wurden 255.575 Rauschgiftdelikte gezählt, vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik 2003, S. 224.

c) Zusammenfassung

Diese drei Beispiele verdeutlichen Möglichkeiten der Zurückdrängung des Strafrechts aus Bereichen, die aufgrund ihrer geringen Sozialschädlichkeit aus dem Strafrecht verbannt oder zumindest insoweit eingeschränkt werden könnten, dass das Strafrecht nur noch subsidiär zur Anwendung kommt. Diese Aufzählung ist keineswegs abschließend, sondern stellt nur die am häufigsten diskutierten Entkriminalisierungsvorschläge dar.⁷⁷ Zusammengefasst würden sie die polizeilich registrierte Straftatenmenge um ca. 1/6 bzw. um eine Million Straftaten⁷⁸ verringern. Dies verdeutlicht, dass unter Zugrundelegung des ultima ratio-Prinzips ein nicht unerheblicher Teil von Verhaltensweisen dem Bereich des Strafrechts entzogen werden könnte.

2. Alternative Reaktionen

Wie dargestellt ist es möglich, den Umfang der strafbaren Handlungen zu verringern, wenn man die ultima ratio-Funktion des Strafrechts ernst nimmt. Daneben gibt es aber noch die Möglichkeit, die Strafbarkeit grundsätzlich aufrecht zu erhalten, die rechtgutsverletzende Wirkung der darauf verhängten Sanktion aber zu verringern. Dabei geht es um Erledigungsstrategien ohne förmliche Bestrafung, die unter dem Begriff der Diversion Eingang in die strafrechtliche und kriminalpolitische Diskussion gefunden haben. Diversion, das soviel wie Ablenkung, Umlenkung oder Wegführung bedeutet, will vor allem eine Bewältigung von kriminellen Verhaltensweisen außerhalb der Justiz und ihrer Institutionen erreichen. Es geht um informelle Erledigung über Alternativprogramme unter Vermeidung eines formellen Strafverfahrens, beispielsweise durch einen Täter-Opfer-Ausgleich oder eine Schadenswiedergutmachung.

a) Voraussetzungen und Anwendungsbereich des Täter-Opfer-Ausgleichs

Der § 46a StGB regelt die Reaktionsformen des Täter-Opfer-Ausgleichs (TOA) und der Wiedergutmachung für das Erwachsenenstrafrecht.⁷⁹ Voraussetzung für einen Täter-Opfer-Ausgleich ist nach § 46a Nr. 1 StGB eine durch einen Dritten vermittelte Konfliktregulierung zwischen Täter und Opfer im Rahmen eines informellen, vom Ergebnis offenen und vom Strafrecht unabhängigen Schlichtungsgespräches.⁸⁰ Der Täter muss dabei bemüht sein, einen Ausgleich mit den Verletzten zu erreichen, in-

⁷⁷ Zu weitergehenden Vorschlägen aus dem Straßenverkehrs-, dem Eigentums-, Vermögens- und Wirtschaftsstrafrecht vgl. P.-A. Albrecht/Hassemer/Voß (Hrsg.) (Fn. 48); P.-A. Albrecht/Beckmann/Frommel/Goy/Grünwald/Hannover/Holtfort/Ostendorf (Fn. 49); P.-A. Albrecht (Fn. 64), S. 330 ff.

⁷⁸ 2003 wurden ca. 150 000 Delikte im Zusammenhang mit Cannabis festgestellt, 525 000 Laddendiebstähle und 124 000 sonstige einfache Diebstähle von Waren geringeren Wertes und 176 000 Beförderungserschleichungen, vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik 2003.

⁷⁹ Eine entsprechende Vorschrift gibt es mit dem § 45 Abs. 2 Satz 2 JGG auch für das Jugendschafverfahren, vgl. dazu Eisenberg, JGG, 9. Aufl. (2002), § 45 Rn. 20c f.

⁸⁰ So Kilchling, Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht, NStZ 1996, S. 310.

dem er seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht oder die Wiedergutmachung zumindest erstrebt.⁸¹ Die Wiedergutmachung als zweite Alternative beinhaltet dagegen die rein materielle Schadenswiedergutmachung und erfordert – als Ersatz für das beim Schlichtungsgespräch des TOA vorhandene Konfrontationsmoment⁸² – das Erbringen erheblicher persönlicher Leistungen oder einen persönlichen Einsatz, um ein Freikaufen vermögender Täter zu verhindern. Daneben gibt es noch den TOA als selbständige Weisung nach § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 StPO.

b) Empirische Befunde

Die bisherigen empirischen Befunde ergeben ein vorwiegend positives Bild von der Akzeptanz und Praxis restitutiver Elemente im Strafrecht. So haben Untersuchungen ergeben, dass Opfer vorwiegend an der Wiedergutmachung des durch die Straftat entstandenen Schadens interessiert sind.⁸³ Auch in der Praxis ist eine hohe Ausgleichsbereitschaft gegeben.⁸⁴ Im Jugendstrafverfahren liegt die Einigungsquote zwischen Täter und Opfer bei 70–80 %.⁸⁵ Gegenstand von TOA und Schadenswiedergutmachung sind eine Vielzahl von Straftaten, wobei die interpersonalen Delikte überwiegen. Der Anteil der Körperverletzungsdelikte betrug zwei Drittel, gefolgt von Sachbeschädigungen (14,5 %) und Diebstählen und Beträgereien (11,3 %). Selbst Raub und Erpressung kamen auf einen relativ hohen Anteil (8,9 %).⁸⁶ Ungefähr jeder dritte Beschuldigte, der an einer Ausgleichsmaßnahme teilgenommen hat, war sogar schon strafrechtlich vorbelastet.⁸⁷ Positiv für diese Erledigungsform ist auch die geringe Rückfallquote. Gemessen an dem Strafzweck der positiven Spezialprävention entspricht die Rückfallgefahr eines TOA-Teilnehmers derjenigen, der zu einer Geldstrafe verurteilt wurde: Ungefähr 75 % bewährten sich nach Anschluss der Schlichtung.⁸⁸

⁸¹ Zur Auslegung dieser Tatbestandsmerkmale durch die Literatur und die Gerichte vgl. die Darstellung und Diskussion *ebd.*, S. 310 ff. m. w. N.

⁸² So *ebd.*, S. 312.

⁸³ *Baurmann/Städler*, Das Opfer nach der Straftat – seine Erwartungen und Perspektiven, 1991, S. 94; *Boers*, Kriminalitätsfurcht, 1991, S. 320 ff.; *Kilchling*, Opferinteressen und Strafverfolgung, 1995, S. 546 ff.; *Schwarzenegger*, Die Einstellungen der Bevölkerung zur Kriminalität und Verbrechenskontrolle, 1992, S. 277; *Sessar*, Wiedergutmachen oder Strafen, 1992, S. 107 ff.

⁸⁴ *Bannenberg*, Täter-Opfer-Ausgleichsprojekte im allgemeinen Strafrecht – Empirische Ergebnisse, in: *Rössner/Hering* (Hrsg.), Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht, 1993, S. 201 ff.; *Dölling u. a.*, Täter-Opfer-Ausgleich, 1998, S. 58 ff.

⁸⁵ *Hartmann*, Schlichten oder Richten, 1995, S. 247 ff.

⁸⁶ *Dölling u. a.* (Fn. 84), S. 54 ff.

⁸⁷ *Ebd.*, S. 58 f.

⁸⁸ *Keudel*, Die Effizienz des Täter-Opfer-Ausgleichs, 2000, S. 109 ff. Der Erhebungszeitraum beschränkt sich auf drei Jahre nach Einstellung des Verfahrens. Vgl. auch *Dölling/Hartmann/Traulsen*, Legalbewährung nach Täter-Opfer-Ausgleich im Jugendstrafrecht, Mschr-Krim 85 (2002), S. 185: Ein Beschuldigter, der an einem TOA teilgenommen hat, erhielt durchschnittlich 1,4 weitere Eintragungen im BZR, Nichtteilnehmer dagegen 2,1.

c) Gefahren

Die Erfahrungen mit der Schlichtung sind aber nicht durchweg positiv, sondern bergen auch Gefahren in sich. So sind immer noch zu viele Bagateldelikte Gegenstand von TOA-Verfahren,⁸⁹ was de facto zu einer Strafschärfung führt, da diese Delikte vorher weitgehend folgenlos nach § 153 StPO, § 45 Abs. 1 JGG eingestellt worden wären. Dies macht deutlich, dass Diversion und Restitution notwendigerweise mit einer Entkriminalisierung von Bagatellkriminalität, wie sie oben beschrieben wurde, einhergehen müssen.⁹⁰ Teilweise werden Wiedergutmachung und TOA sogar zusätzlich zu anderen Sanktionen „draufgesattelt“.⁹¹ In den meisten Fällen führen sie aber zu einer Einstellung des Verfahrens.⁹²

Problematisch ist weiterhin, dass bei einer Schlichtung nicht wirklich von einer „freien“ Einigung zwischen Täter und Opfer gesprochen werden kann. Das nur vorläufig eingestellte Strafverfahren schwebt als Drohung weiterhin über dem Täter und wird als Folge eines Scheiterns der Schlichtung wieder neu „aufgerollt“. Der Täter kann sich dadurch veranlasst sehen, auf Forderungen seitens des Opfers einzugehen, die in keinem Verhältnis zu der Tat und zu dem angerichteten Schaden stehen.⁹³ Außerdem beeinträchtigen Diversionsmaßnahmen die Formalität und damit auch die Rechtsfähigkeit des Strafverfahrens. Dies ergibt sich schon daraus, dass das Schlichtungsverfahren schon vor dem eigentlichen Schulterspruch durchgeführt wird. Zu fragen bleibt also, ob darüber hinaus gehende Alternativen ersichtlich sind.

d) Reformvorschläge

Eine Möglichkeit bestände darin, den TOA aus dem Strafverfahren herauszulösen. *Frehsee*⁹⁴ hat vorgeschlagen, eine Einstellungspflicht für Gerichte und Staatsanwaltschaft zu normieren, die dann eingreift, wenn Täter und Opfer sich über die Aufnahme eines Ausgleichverfahrens verständigt haben. Dem Opfer könnte als Ausgleich das Recht zur wiederholten Anzeigeerstattung gegen mangelnde Kooperationsbereitschaft des Täters eingeräumt werden. Ein erfolgreich abgeschlossenes Schlichtungsverfahren müsste dagegen zu einem Verwirken des staatlichen Strafanspruchs führen. Das „Absehen von Strafe“ wäre dann nicht mehr ins Ermessen des Gerichtes gelegt, sondern obligatorisch.⁹⁵ Erst eine erneute Anzeige könnte den staatlichen Strafanspruch wieder aufleben lassen.

89 *Keudel* ([ebd.], S. 57, 79) kam auf einen Anteil von 13–28 %.

90 Auch *Frehsee* (Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im deutschen Strafrecht – Entwicklung, Möglichkeiten und Probleme, in: *Schünemann/Dubber* [Hrsg.], Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, S. 136) fordert den Ausschluss von Bagateldelikten.

91 *Ebd.*, S. 131 ff.

92 Vgl. *Dölling u. a.* (Fn. 84), S. 63 ff.; *Hartmann* (Fn. 85), S. 250 ff.

93 Siehe dazu *Laue*, Symbolische Wiedergutmachung, 1999, S. 101 ff.

94 *Frehsee* (Fn. 90), S. 134 ff.

95 Diese Regelung könnte zunächst für alle Straftaten angewandt werden, deren erwartete Strafandrohung unter einem Jahr liegt. Nach Vorermittlungen der Polizei oder der Staatsanwaltschaft wären diese verpflichtet, entsprechende Fälle an die TOA-Stellen weiterzuleiten und das Verfahren endgültig einzustellen. Verhindert wird damit allerdings nicht die Anwendung von eingreifenden Ermittlungsmethoden seitens der Polizei und/oder Staatsanwaltschaft.

Mit einer derartigen Regelung könnte dreierlei erreicht werden: Das nach der jetzigen Gesetzeslage nur vorläufig für die Dauer der Einigung eingestellte Strafverfahren schwiebt nicht mehr über der Schlichtung und beeinflusst damit nicht das mögliche Ergebnis.⁹⁶ Außerdem könnte dadurch vermieden werden, dass der Täter sich der Gefahr ausgesetzt sieht, einem Ausgleich zuzustimmen, obwohl er von seiner Unschuld überzeugt ist oder zumindest an seiner Schuld erhebliche Zweifel hegt. Drittens wird damit einer Informalisierung des Strafverfahrens⁹⁷ entgegengewirkt. Die strafprozessualen Regeln bleiben bestehen. Ihre Anwendung wird nur von der Bedingung abhängig gemacht, dass eine private, medierte Schlichtung gescheitert ist. Damit könnte verhindert werden, dass die notwendige Informalisierung des Schlichtungsverfahrens auf das Strafrecht durchschlägt: Das Schlichtungsverfahren bewirkt also nur ein Weniger an Strafe, nicht ein Mehr an informalisierte Bestrafung.

IV. Schluss

Das Strafrecht soll „Rechtsgüterschutz durch Rechtsgutsverletzung“ betreiben. Die Verhängung von Strafen lässt sich aber nur rechtfertigen, wenn dieser Zweck auch erreicht wird und die Strafbarkeit auf Verhaltensweisen begrenzt ist, deren Sozial-schädlichkeit offensichtlich ist. Die präventive Kraft des Strafrechts, so wurde deutlich, ist begrenzt und steht in keinem Zusammenhang mit der Höhe der Strafandrohung. Dies eröffnet Möglichkeiten, Verhaltensweisen, deren Sozialschädlichkeit gering ist, dem Zugriff des Strafrechts zu entziehen, und Reaktionsformen innerhalb und außerhalb des Strafrechts zu entwickeln, die den eingreifenden Charakter der Strafe minimieren.

Dieser Beitrag soll daher nahe legen, sich während der juristischen Ausbildung auch immer mit dem Sinn und Zweck von Normen zu beschäftigen, mit ihrer Genese und ihrer empirischen Wirklichkeit. Für unseren Bereich bedeutet dies, die derzeitige Konjunktur des Strafrechts als Allheilmittel für die Lösung sämtlicher gesellschaftlicher Probleme kritisch zu hinterfragen.

96 Frehsee (Fn. 90), S. 136.

97 Zur Informalisierung vgl. nur Hassemer (Fn. 15), S. 143.